

คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board) : ทางเลือกใหม่ของไทย ในการบริหารจัดการข้อพิพาทงานก่อสร้าง?

DISPUTE BOARD : AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION FOR CONSTRUCTION IN THAILAND

โชคชัย เนตรงามสว่าง¹

อุกฤษฏ์ ศรพรหม²

วันที่รับบทความ 15 พฤษภาคม 2565; วันแก้ไขบทความ 15 มิถุนายน 2565; วันตอบรับบทความ 1 สิงหาคม 2565

บทคัดย่อ

การระงับข้อพิพาททางธุรกิจในปัจจุบันมีความสำคัญอย่างมากเนื่องจากกระทบต่อระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่ต้องสูญเสียไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในธุรกิจก่อสร้างซึ่งมีมูลค่าสูงและเชื่อมโยงไปสู่ภาคส่วนอื่นๆ ทั้งภาคเอกชนด้วยกัน เช่น ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ภาครัฐ เช่น หน่วยงานผู้ให้สัมปทาน และภาคประชาชน เช่น ผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมต่อชุมชนในพื้นที่ก่อสร้าง โครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ย่อมมีมูลค่าสูงและมีความซับซ้อนในการดำเนินการ ตั้งแต่การร่างสัญญาจนถึงการส่งมอบงาน ซึ่งส่งผลให้มีโอกาสเกิดปัญหาและข้อพิพาทได้มากเช่นเดียวกัน และจะนำไปสู่ความล่าช้า ความเสียหาย หรือแม้กระทั่งการล้มละลายของผู้ประกอบการ บทความนี้จึงมุ่งวิเคราะห์ถึงความสำคัญและบทบาทของคณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board) ในการบริหารจัดการข้อพิพาทโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ ซึ่งเป็นกลไกที่ได้รับการยอมรับและนำไปใช้ในโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ของหลายประเทศ เช่น โครงการก่อสร้างสนามบินนานาชาติฮ่องกง โครงการเขื่อนคอนกรีตและโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำในประเทศจีน และโครงการเขื่อนคอนกรีตโค้งบนพื้นที่สูงในประเทศเลโซโท เป็นต้น และให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการนำแนวคิดเรื่องคณะกรรมการข้อพิพาทมาใช้กับสัญญาโครงการก่อสร้างของประเทศไทย

แม้ว่าในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่นำมาใช้กำกับบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการข้อพิพาท แต่ก็มีปรากฏชัดเจนในทางปฏิบัติว่า แนวคิดเรื่องคณะกรรมการข้อพิพาทได้ถูกริเริ่มนำมาใช้อย่างเป็นทางการครั้งแรกในโครงการก่อสร้างเขื่อน Boundary ในมลรัฐวอชิงตัน สหรัฐอเมริกา ในรูปแบบของคณะกรรมการที่ปรึกษาร่วมในช่วงทศวรรษ 1960 และมีพัฒนาการต่อเนื่องเรื่อยมา จากการศึกษาพบว่า คณะกรรมการข้อพิพาทในปัจจุบันปรากฏใน 3 ลักษณะ คือ

(1) คณะกรรมการตัดสินข้อพิพาท หรือ Dispute Adjudication Board ที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทเมื่อมีการเสนอข้อพิพาท

(2) คณะกรรมการทบทวนข้อพิพาท หรือ Dispute Review Board ซึ่งมีลักษณะการดำเนินการในเชิงรุก ก่อนที่จะเกิดข้อพิพาทขึ้น

(3) คณะกรรมการที่ทำหน้าที่แบบผสม หรือ Combine Dispute Board ทั้งนี้ มีบทบาทสำคัญ 2 แบบ คือ (1) บทบาทในการหลีกเลี่ยงข้อพิพาท และ (2) บทบาทในการระงับข้อพิพาท

¹ อัยการประจำกอง สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีแพ่ง 3 สำนักงานอัยการสูงสุด, น.บ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.ม. (สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม) (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.บ.ท.

² ผู้จัดการโครงการ สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, น.บ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), LL.M. (Public International Law) (University of Aberdeen)

ปัจจัยสำคัญที่ทำให้การตั้งคณะกรรมการข้อพิพาทช่วยให้การบริหารจัดการข้อพิพาทมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ลดการสูญเสียทั้งในเชิงงบประมาณและเวลา คือ การที่คณะกรรมการข้อพิพาทถูกตั้งขึ้นตั้งแต่เริ่มสัญญา ซึ่งแตกต่างจากกลไกการระงับข้อพิพาทแบบอื่น ทำให้คณะกรรมการข้อพิพาทได้รับทราบความเป็นไปของการปฏิบัติตามสัญญาและความคืบหน้าของโครงการอยู่เป็นระยะ เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น จึงมีความเข้าใจเกี่ยวกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้ดีและสามารถดำเนินการได้ทันที จากปัจจัยดังกล่าว ทำให้สัญญามาตรฐานสำหรับโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ของหลายองค์กรมีการกำหนดให้มีการตั้งคณะกรรมการข้อพิพาทไว้ด้วย เช่น สัญญามาตรฐานของสมาพันธ์วิศวกรที่ปรึกษานานาชาติ (FIDIC) เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย ยังไม่มีการกำหนดให้ใช้คณะกรรมการข้อพิพาทอย่างเป็นทางการเป็นกิจจะลักษณะ ซึ่งอาจเป็นเหตุให้กลไกคณะกรรมการข้อพิพาทอาจยังไม่เป็นที่รู้จักหรือนำไปใช้มากเท่าที่ควร อย่างไรก็ตาม หากมีการศึกษาและพัฒนาแนวทางการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยใช้คณะกรรมการข้อพิพาทสำหรับสัญญาก่อสร้างในประเทศไทย อาจเป็นประโยชน์ต่อการบริหารสัญญาก่อสร้างและลดความเสี่ยงในการเสียหายทางธุรกิจได้มากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ : คณะกรรมการข้อพิพาท, ข้อพิพาทด้านการก่อสร้าง, วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก

ABSTRACT

A dispute board is one of the effective mechanisms used increasingly worldwide to resolve dispute in construction contracts, especially large-scale projects that may involve multi-stakeholder contractors and, by nature, cause a lot of issues and conflicts resulting in delay, high loss, and bankruptcy. The purpose of this article is to analyze the important role of the dispute board used successfully internationally. Three particular cases were given as examples:

(1) Hong Kong International Airport,

(2) Ertan Concrete Dam and Hydro Plant in China,

and (3) Katse Concrete Arch Dam in a highland area in Lesotho, then provide some recommendations on applying the concept of dispute board in Thai construction contracts.

According to the study, nowadays dispute boards appears in three different roles. The first one is the dispute adjudication board works in a passive approach. The second type is the dispute review board that works in a more active approach and before the conflict becomes the dispute. The last one is the combination of the aforementioned roles to both avoid and resolve disputes.

Key factors leading to achievement in using dispute boards is to establish the dispute board at the beginning stage of the contract that means all parties initially agree to use the dispute board when the conflict occurs. Then, it will be able to know construction progress and promptly response to a problem and, in most cases, avoid the risk of worsening the situation. Accordingly, international standard contracts including the FIDIC contracts adopt the concept of dispute board because it can effectively solve the problems in construction contracts as early as possible.

In Thailand, it is found that this concept is not widespread and rarely used. Policy advocacy and awareness raising about the advantages of the dispute board would proactively prevent the negative consequences of disputes in construction contracts.

Keywords : Dispute Board, construction disputes, alternative dispute resolution

บทนำ

ธุรกิจก่อสร้างเป็นหนึ่งในธุรกิจที่มีมูลค่าสูงและมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ ในช่วงปี พ.ศ. 2552-2561 มูลค่าการลงทุนก่อสร้างมีสัดส่วนเฉลี่ย 8.1% ของผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (Gross Domestic Product: GDP)³ มีผลต่อการจ้างงานและมีความเชื่อมโยงกับธุรกิจต่อเนื่องที่หลากหลาย อาทิ ธุรกิจวัสดุก่อสร้าง และธุรกิจพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ นอกจากนี้ ยังเกี่ยวข้องกับหลายภาคส่วนไม่ว่าจะเป็นผู้ว่าจ้างภาครัฐหรือหน่วยงานราชการ ผู้ว่าจ้าง และผู้รับจ้างภาคเอกชน แรงงานในภาคการก่อสร้าง และผู้ที่เกี่ยวข้องกับงานก่อสร้างในฐานะผู้ประกอบการวิชาชีพต่าง ๆ โครงการก่อสร้างที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างนั้นจะอยู่บนพื้นฐานการตกลงกันในรูปของสัญญาจ้างก่อสร้าง ยิ่งโครงการก่อสร้างที่มีมูลค่าสูงมากเท่าไรสัญญาก็ยังมีความซับซ้อนเพิ่มขึ้นและมีโอกาสเกิดปัญหาได้มากขึ้นเช่นเดียวกัน

ปกติแล้วคู่สัญญาในสัญญาจ้างก่อสร้างแต่ละฝ่ายย่อมพยายามทำให้การก่อสร้างตามที่ตกลงกันไว้เกิดปัญหาน้อยที่สุด แต่ที่ปฏิเสธไม่ได้ว่าโครงการก่อสร้างยังคงเกิดปัญหาที่นำไปสู่ข้อพิพาทขึ้นอยู่เป็นประจำ ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้อาจมีที่มาจากข้อสัญญาที่มีความไม่ชัดเจน กำกวม มีความไม่เป็นธรรม (ไม่ว่าจะเป็นความไม่เป็นธรรมตามหลักการ หรือความไม่เป็นธรรมตามทัศนคติของผู้รับจ้างหรือของผู้ว่าจ้างก็ตาม) การพิจารณาเนื้องานที่ทำได้จริงหรือความล่าช้าในการปฏิบัติงาน และรวมไปถึงการที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญา⁴ ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นนั้น หากได้รับการแก้ไขให้เสร็จสิ้นโดยเร็วแล้ว ความเสียหาย หรือผลกระทบที่เกิดกับโครงการก่อสร้างก็จะน้อยลงตามไปด้วย นอกจากนี้ โครงการยังสามารถดำเนินการไปจนสำเร็จลุล่วงได้ในทางตรงกันข้าม หากปัญหาต่าง ๆ ใช้เวลานานมากขึ้นเพียงใด ความเสียหายหรือผลกระทบก็จะยิ่งเกิดขึ้นมากขึ้นเพียงนั้น และบ่อยครั้งปัญหาต่าง ๆ ได้ส่งผลถึงความล้มเหลวของโครงการ อาทิ การทิ้งงานของผู้รับจ้าง หรือการเลิกสัญญา ซึ่งผลของโครงการที่ไม่ประสบความสำเร็จนี้ นอกจากคู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามสัญญาแล้ว (ผู้ว่าจ้างได้งานก่อสร้างที่มีประสิทธิภาพ ส่วนผู้รับจ้างได้รับค่าจ้าง) ยังเป็นการสูญเสียทรัพยากรต่าง ๆ ไปโดยเปล่าประโยชน์อีกด้วย

โครงการก่อสร้างในต่างประเทศและระหว่างประเทศมีการใช้คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board, DB) ในการบริหารจัดการข้อพิพาทกันอย่างแพร่หลายและทำให้ข้อพิพาทของโครงการก่อสร้างถูกแก้ไขได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งในด้านของความเร็ว ความพอใจของคู่กรณี และค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล⁵ แต่วิธีการเดียวกันนี้ก็กลับไม่ได้ถูกนำมาใช้ในประเทศไทยเท่าใดนัก⁶ ซึ่งในบทความนี้ผู้เขียนมุ่งจะชี้ให้เห็นถึงวิธีการ ประสิทธิภาพ และความสำเร็จในการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ รวมทั้งแนวทางที่ประเทศไทยอาจจะนำมาใช้ในการพัฒนาการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการข้อพิพาทต่อไป

³ วิจัยกรุงศรี, “ธุรกิจรับเหมาก่อสร้าง” ใน แนวโน้มธุรกิจ/อุตสาหกรรม ปี 2562-64 มิถุนายน 2562, น.1.

⁴ Baker McKenzie, “Asia Pacific Construction Contract Management A primer on avoiding or managing disputes in construction projects in Asia Pacific,” p.18.

⁵ Y. Tan, Large-Scale Construction Project Management: Understanding Legal and Contract Requirements, (Boca Raton, 2020), p.173.

⁶ Baker McKenzie, Supra note 4, p.27.

ข้อพิพาทและการบริหารจัดการ

การเกิดข้อพิพาท (Dispute) นั้นเริ่มต้นมาจากความคิดเห็นที่ไม่ตรงกันจากการทำงานตามสัญญา หรือการตีความสัญญา ทำให้ต่างฝ่ายต่างเกิดข้อเรียกร้อง (Claim) ในมุมมองของตนเองขึ้น เมื่อข้อเรียกร้องดังกล่าวไม่ได้รับการตอบสนอง หรือไม่ได้รับการยอมรับโดยอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อเรียกร้องที่ไม่ได้รับการปฏิบัตินั้นย่อมเกิดเป็นข้อขัดแย้ง (Conflict) ขึ้น และข้อขัดแย้งที่ไม่สามารถระงับไปได้อย่างนำไปสู่การเกิดข้อพิพาท เมื่อข้อขัดแย้งเป็นสิ่งที่คู่สัญญาที่มีความเห็นที่ไม่ตรงกันแล้ว ข้อพิพาทก็คือผลลัพธ์หนึ่งที่เกิดขึ้นจากข้อขัดแย้ง รวมถึงการไกล่เกลี่ย, การหลีกเลี่ยงข้อขัดแย้ง, การยินยอมทำตาม หรือผลลัพธ์อื่น ๆ ด้วย⁷ ข้อขัดแย้งเหล่านี้หากเกิดขึ้นและสามารถจัดการได้ ข้อขัดแย้งก็จะไม่พัฒนาไปเป็นข้อพิพาท ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าข้อขัดแย้งสามารถมีอยู่ได้โดยไม่มีข้อพิพาท แต่ข้อพิพาทไม่อาจมีอยู่ได้โดยไม่มีข้อขัดแย้ง^{8, 9} เมื่อข้อขัดแย้งนำไปสู่ข้อพิพาทแล้วก็มีความจำเป็นที่จะต้องมีการระงับข้อพิพาทเกิดขึ้น การระงับข้อพิพาทโดยวิธีปกติที่มีสภาพบังคับและใช้กันมาอย่างยาวนานก็คือกระบวนการทางศาล แต่ด้วยสภาพปัจจุบันที่การเกิดขึ้นของข้อพิพาทนั้นจำเป็นที่จะต้องระงับไปด้วยความรวดเร็ว เพื่อให้ธุรกิจสามารถดำเนินการต่อไปได้โดยไม่ต้องไปดำเนินการฟ้องร้องยังศาลที่มีอำนาจ เนื่องจากระยะเวลาการพิจารณาข้อพิพาทใช้เวลานาน¹⁰ การใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกจึงเป็นที่ต้องการมากขึ้นเพื่อตอบสนองต่อความจำเป็นทางธุรกิจ

กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมีหลายวิธี อาทิ การไกล่เกลี่ย การประนีประนอม และอนุญาโตตุลาการ กระบวนการดังกล่าวมีการพัฒนาและมีการใช้งานกันมาอย่างยาวนาน และวิธีการเหล่านี้ได้รับการยอมรับว่ามีประสิทธิภาพในการจัดการข้อพิพาท แต่เมื่อข้อพิพาทต่าง ๆ มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นและต้องการใช้เวลาน้อยที่สุดในการจัดการกับข้อพิพาท โดยเฉพาะในวงการก่อสร้างที่ต้องแบกรับค่าใช้จ่ายจำนวนมากจากผลของกระบวนการที่ล่าช้า ในวงการก่อสร้างจึงได้มีการพัฒนาทางเลือกในการจัดการกับข้อพิพาทขึ้น โดยสร้างกลไกเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดข้อพิพาทอย่างหนึ่ง และกลไกในการระงับข้อพิพาทอีกอย่างหนึ่ง โดยทำในรูปแบบของคณะกรรมการ การจัดการกับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ได้รับการยอมรับว่ามีประสิทธิภาพในการหลีกเลี่ยงแล้วระงับข้อพิพาทได้อย่างเป็นที่น่าสนใจของคู่กรณี¹¹

⁷ Costantino, C.A. and Merchant C.S. Designing Conflict Management Systems: A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations, (San Francisco: Jossey-Bass, 1996), p.4-5.

⁸ Douglas H. Yarn, Conflict” in Dictionary of Conflict Resolution, (San Francisco: Jossey-Bass, 1999), p.115.

⁹ ในขณะเดียวกัน Jonh Burton (1990) ได้ให้นิยามความแตกต่างของข้อพิพาทและข้อขัดแย้งว่า ข้อพิพาทหมายถึงความเห็นที่ไม่ตรงกัน ในระยะสั้นอันนำมาซึ่งการโต้แย้งกันโดยปัญหาดังกล่าวสามารถที่จะเจรจาและตกลงกันได้ ตรงกันข้ามกับข้อขัดแย้งที่เป็นปัญหาระยะยาวที่ยังลึกลงไปและไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ อ้างใน Timothy D. Keator, “Conflict vs. dispute?” in Mediate.com submission July 21, 2011 (revised) p.1.

¹⁰ belawyer, “Alternative Dispute Resolution vs Litigation,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก <https://thestudentlawyer.com/2013/10/23/alternative-dispute-resolution-vs-litigation-which-one-would-you-choose/>.

¹¹ SAI-ON CHEUNG and HENRY C. H. SUEN, “A multi-attribute utility model for dispute resolution strategy selection,” Construction Management and Economics (2002) 20, p.557-568.

คณะกรรมการข้อพิพาท

คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board) มักจะปรากฏในโครงการก่อสร้างขนาดใหญ่เพื่อช่วยคู่สัญญาในการแก้ไขหรือหลีกเลี่ยงข้อพิพาท และเพื่อไม่ต้องการให้ข้อพิพาทนั้นต้องไปสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาล คณะกรรมการข้อพิพาทเกิดขึ้นและมีอยู่โดยข้อตกลงของสัญญา¹² ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะที่มาใช้บังคับกับกระบวนการของคณะกรรมการข้อพิพาทเหมือนดังเช่นกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการศาล

แนวคิดของคณะกรรมการข้อพิพาทปรากฏขึ้นครั้งแรกในโครงการเขื่อน Boundary ในมลรัฐวอชิงตัน ประเทศสหรัฐอเมริกา ในช่วงทศวรรษที่ 1960 ในชื่อของคณะกรรมการที่ปรึกษาพร้อม (Joint Consulting Board) และหลังจากนั้น คณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยเทคโนโลยีการขุดอุโมงค์ของสหรัฐอเมริกาได้ขนานนามว่าเป็นการร่างสัญญาที่ดีขึ้นสำหรับการก่อสร้างงานใต้ดิน ซึ่งเป็นการเน้นย้ำการไม่ยากให้เกิดผลที่ไม่แน่นอนของข้อพิพาทและการดำเนินคดี ต่อมาชื่อของคณะกรรมการข้อพิพาทจึงได้ถูกนำมาใช้เป็นครั้งแรกใน โครงการอุโมงค์ Eisenhower ในมลรัฐโคโลราโด ประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อปี ค.ศ. 1975¹³ และได้ขยายไปใช้ในโครงการระหว่างประเทศในปี ค.ศ. 1980 (โครงการก่อสร้างเขื่อน El Cajon และโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานน้ำ ใน Honduras)¹⁴ คณะกรรมการข้อพิพาทถูกพัฒนาให้มีประสิทธิภาพและเป็นที่ยอมรับมากขึ้น เพื่อเป็นทางเลือกในการจัดการข้อพิพาทในอุตสาหกรรมก่อสร้าง เหตุผลหลักที่วิธีการนี้เป็นที่ยอมรับคือความคุ้มค่าของเงินที่จ่ายไป ซึ่งประมาณการค่าใช้จ่ายของคณะกรรมการข้อพิพาทนี้เป็นอัตราส่วนที่น้อยกว่า 1% ของมูลค่าโครงการตามสัญญา และวิธีการนี้ยังได้ผลในการแก้ไขข้อพิพาท ภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผลอีกด้วย¹⁵

เนื่องจากคณะกรรมการข้อพิพาทเกิดขึ้นโดยข้อสัญญาดังนั้นคู่สัญญาจึงสามารถตกลงกันกำหนดกฎเกณฑ์ของคณะกรรมการข้อพิพาทให้เหมาะสมกับโครงการของคู่สัญญาได้¹⁶ โดยในทางปฏิบัติแล้ว คณะกรรมการข้อพิพาทสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ¹⁷

1. คณะกรรมการตัดสินข้อพิพาท (Dispute Adjudication Board) ทำหน้าที่วินิจฉัยและออกคำตัดสิน (Decision) ที่มีผลผูกพันคู่สัญญาทำให้ต้องปฏิบัติตามในทันที
2. คณะกรรมการทบทวนข้อพิพาท (Dispute Review Board) ทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทและให้คำแนะนำ (Recommendations) ที่ไม่มีผลผูกพันคู่สัญญา
3. คณะกรรมการที่ทำหน้าที่แบบผสม (Combined Dispute Board) ทำหน้าที่ทั้งการให้คำแนะนำและการวินิจฉัยตัดสิน โดยกรณีนี้คณะกรรมการจะมีอิสระในการใช้ดุลพินิจที่ให้คำแนะนำหรือจะวินิจฉัยและออกคำตัดสินที่มีผลผูกพันคู่สัญญาก็ได้

¹² Aceris Law LLC, “Dispute Boards and International Construction Arbitration,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก<https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/>.

¹³ PETER H.J. CHAPMAN, “The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects,” *The Turkish Commercial Law Review*, Vol 1, Issue 3, October 2015. p.220.

¹⁴ Mark Goodrich, “Dispute Adjudication Boards: Are they the future of dispute resolution?,” p.2.

¹⁵ Y. Tan, *Supra* note 5, p.173.

¹⁶ Aceris Law LLC, *Supra* note 12.

¹⁷ J. Petkute-Guriene, “Access to Arbitral Justice in Construction Disputes (Dispute Board-Related Issues, Time Bar and Emergency Arbitration,” in C. Baltag and C. Vasile (eds.), *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (2019), p.3.

ส่วนบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการข้อพิพาทในการจัดการข้อพิพาทนี้อาจแบ่งได้เป็นสองลักษณะคือการหลีกเลี่ยงข้อพิพาทส่วนหนึ่งและการระงับข้อพิพาทอีกส่วนหนึ่ง

1. บทบาทในการหลีกเลี่ยงข้อพิพาท คือกระบวนการทำให้ข้อเรียกร้องหรือข้อขัดแย้งไม่พัฒนาไปเป็นข้อพิพาท¹⁸ โดยกระบวนการในการหลีกเลี่ยงข้อพิพาทนี้มีการพัฒนามาจากประเทศสหรัฐอเมริกาโดยมีหลักการให้การหลีกเลี่ยงข้อพิพาททำขึ้นในรูปแบบคณะกรรมการโดยใช้วิธีการให้คู่สัญญาเลือกคณะกรรมการเข้ามาในกระบวนการตั้งแต่เมื่อเริ่มลงมือก่อสร้าง คณะกรรมการอาจประกอบด้วยบุคคลหนึ่งคนหรือสามคน¹⁹ ทำหน้าที่ในการเข้าไปตรวจสอบดูสถานที่ทำการก่อสร้างอย่างสม่ำเสมอ คณะกรรมการจะให้ข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำต่อปัญหาต่างๆ เมื่อเกิดข้อเรียกร้องเป็นข้อขัดแย้งขึ้น โดยวิธีการนี้สามารถหลีกเลี่ยง ข้อพิพาทได้เป็นจำนวนมากเพราะคณะกรรมการนั้นเป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดกับเหตุการณ์สามารถให้คำแนะนำต่อปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างทันท่วงทีทำให้ปัญหาต่าง ๆ เสริมจลื่นไปด้วยความรวดเร็วไม่พัฒนาไปสู่ข้อพิพาท และทำให้งานก่อสร้างไม่ล่าช้า²⁰

2. บทบาทในการระงับข้อพิพาท คือ การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทนั้นและมีผลผูกพันคู่สัญญา โดยอาจเป็นการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วและให้คณะกรรมการมีหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาท หรือเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตั้งแต่เมื่อเริ่มทำสัญญาแล้วก็ได้

การหลีกเลี่ยงและการระงับข้อพิพาทโดยคณะกรรมการในโครงการก่อสร้างนี้ถูกนำมาใช้ในหลายประเทศ และได้รับผลสำเร็จอย่างมาก โดยตั้งแต่ปี ค.ศ. 2004 หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce (ICC) ได้มีการเริ่มนำรายละเอียดเกี่ยวกับคณะกรรมการข้อพิพาทมากำหนดเป็นกฎเกณฑ์ให้ชัดเจน²¹ และต่อมาในปี ค.ศ. 2015 ICC ได้มีการปรับปรุงพัฒนาดetailของคณะกรรมการข้อพิพาทอีกครั้ง และได้มีการกำหนดข้อตกลงมาตรฐานในการตั้งคณะกรรมการข้อพิพาท กฎเกณฑ์และข้อกำหนดในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการข้อพิพาท และต้นแบบข้อตกลงในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการข้อพิพาท²² เพื่อให้สมาชิกเป็นทางเลือกในการบริหารจัดการข้อพิพาท รวมทั้งมีองค์กรที่สนับสนุนการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการ เช่น สหพันธ์คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board Federation) และมูลนิธิคณะกรรมการยุติข้อพิพาท (Dispute Resolution Board Foundation) เป็นต้น นอกจากนี้โครงการขนาดใหญ่ระหว่างประเทศจำนวนมากที่ใช้สัญญามาตรฐานของ FIDIC²³ หรือได้รับเงินอุดหนุนจากธนาคารโลกก็ได้มีเงื่อนไขให้ใช้สัญญามาตรฐานของ FIDIC ซึ่งมีการกำหนดข้อสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยคณะกรรมการไว้ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความแพร่หลายและความก้าวหน้าในการใช้วิธีหลีกเลี่ยงและชี้ขาดข้อพิพาทโดยคณะกรรมการไปทั่วโลก²⁴

¹⁸ Brennan Ong and Paula Gerber, "Dispute boards: Is there a role for lawyers?" (2010) 5(4) Construction Law International 7

¹⁹ ตัวอย่างเช่นในข้อ 21 ของสัญญามาตรฐาน FIDIC Red Book ฉบับปรับปรุงปี ค.ศ. 2017

²⁰ Associate Professor Dr Paula Gerber and Brennan Ong, "SHOULD DAPS BE INCLUDED IN STANDARD FORM CONTRACTS?", Law School, Monash University, Melbourne, AUSTRALIAN CONSTRUCTION LAW NEWSLETTER #143 MARCH/APRIL 2012, p.7.

²¹ International Chamber of Commerce (ICC), DISPUTE BOARD RULES 2004

²² International Chamber of Commerce (ICC), DISPUTE BOARD RULES 2015

²³ FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) เป็นคำย่อภาษาฝรั่งเศสของสหพันธ์วิศวกรที่ปรึกษานานาชาติ (International Federation of Consulting Engineers) ซึ่งมีสำนักงานใหญ่อยู่ที่กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ FIDIC เป็นองค์กรระหว่างประเทศที่มีสมาชิกรวม 101 ประเทศสมาชิกและองค์กรที่เกี่ยวข้อง สัญญาของ FIDIC มีหลายประเภทและสามารถใช้ได้เหมาะสมกับโครงการที่หลากหลาย โดยสัญญา FIDIC มีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งเรียกว่า DAAB (Dispute Avoidance/Adjudication Board) หรือ DAB (Dispute Avoidance Board) แล้วแต่กรณี ซึ่งนอกจากข้อสัญญาเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทดังกล่าวจะขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาแล้ว ข้อพิพาททุกอย่างที่เป็นทางการจะต้องให้คณะกรรมการข้อพิพาททำคำวินิจฉัยก่อนอันถือเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนที่จะนำข้อพิพาทนั้นไปสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป โปรดดู FIDIC, THE FIDIC GOLDEN PRINCIPLES, 1st edition, (2019), International Federation of Consulting Engineers (FIDIC): Geneva, p.10.

²⁴ J. Jenkins, International Construction Arbitration Law, 2nd edition, (2013), p.102-103.

ปัจจัยสำคัญที่การบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการ ข้อพิพาทประสบความสำเร็จ

ข้อแตกต่างที่ชัดเจนระหว่างคณะกรรมการข้อพิพาทกับวิธีการอื่น ๆ ในการบริหารจัดการพิพาทคือ การที่คณะกรรมการข้อพิพาทนั้นจะถูกตั้งขึ้นตั้งแต่วันที่สัญญาฉบับดังกล่าวมีผลบังคับ ซึ่งทำให้มีคณะกรรมการอยู่ก่อนที่ข้อขัดแย้งใด ๆ จะเกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินโครงการก่อสร้างและจะมีการกำหนดให้คณะกรรมการต้องตรวจเยี่ยมการทำงานเป็นระยะอย่างต่อเนื่อง คณะกรรมการจึงสามารถให้ข้อเสนอแนะแก่คู่สัญญาและสามารถป้องกันการเกิดข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น²⁵ ลักษณะเฉพาะดังกล่าวจึงอาจเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้การใช้คณะกรรมการข้อพิพาทในโครงการก่อสร้างประสบความสำเร็จ และได้รับความนิยมในระดับสากล²⁶ ซึ่งคณะกรรมการข้อพิพาทอาจมีค่าตัดสินชี้ขาดซึ่งมีผลบังคับคู่สัญญา ในทำนองเดียวกันกับการให้ผู้เชี่ยวชาญชี้ขาดหรือการชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรืออาจเป็นกรณีที่คณะกรรมการข้อพิพาทให้คำแนะนำที่ไม่มีผลผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้คณะกรรมการข้อพิพาทยังมีส่วนที่คล้ายคลึงกับกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่น บางส่วน เช่น ความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตัวคณะกรรมการข้อพิพาท เช่นเดียวกับผู้ไกล่เกลี่ย หรืออนุญาโตตุลาการ จากการสำรวจข้อมูลของสหพันธ์คณะกรรมการข้อพิพาท (Dispute Board Federation) เมื่อปี ค.ศ. 2008 พบว่า การลงทุนกับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการจัดตั้งคณะกรรมการข้อพิพาทในโครงการก่อสร้างนั้น นำไปสู่การระงับข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพอย่างมาก โดยมีอัตราความสำเร็จสูงถึงร้อยละ 99 ที่สามารถระงับข้อพิพาทได้โดยไม่ต้องใช้วิธีอนุญาโตตุลาการหรือการฟ้องคดี ทำให้สามารถลดภาระค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นจากขั้นตอนอนุญาโตตุลาการและศาลได้อีกมหาศาล²⁷ ประเทศออสเตรเลียเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งที่สำคัญที่แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการมีคณะกรรมการข้อพิพาทในโครงการก่อสร้าง การสำรวจข้อมูลดังกล่าวระบุว่าค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาทโครงการก่อสร้างในออสเตรเลียอยู่ระหว่าง 560-840 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลียต่อปี และเมื่อรวมกับค่าใช้จ่ายที่อาจจะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดขึ้นได้ เช่น ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับความล่าช้าหรือต้นทุนค่าเสียโอกาสแล้ว มูลค่าที่สูญเสียไปจะมาก 7 พันล้านดอลลาร์ออสเตรเลียต่อปี²⁸ ทั้ง ๆ ที่โครงการก่อสร้างเหล่านี้อาจไม่จำเป็นต้องเสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ สูงดังที่กล่าวมาหากมีคณะกรรมการข้อพิพาทให้คำแนะนำตลอดระยะเวลาดำเนินโครงการ ยิ่งไปกว่านั้น หลายโครงการต้องสูญเสียเวลาและโอกาสไปกับการฟ้องร้องดำเนินคดี การหยุดงาน และการแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่กรณี ซึ่งอาจประเมินเป็นมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจได้ยาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงการที่มีการร่วมทุนจากหลายภาคส่วนหรือมีคู่สัญญาต่างชาติ ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกเบื้องต้น อาทิ การเจรจาต่อรอง และการไกล่เกลี่ย จึงทำให้ข้อพิพาทจำนวนมากต้องไปสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือศาล

²⁵ Pablo Ferrara, "Dispute Boards for Infrastructure Projects in Latin America: A New Kid on the Block," สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก https://www.academia.edu/39042667/Dispute_Boards_for_Infrastructure_Projects_in_Latin_America_A_New_Kid_on_the_Block.

²⁶ CYRIL CHERN, *Chern On Dispute Boards Practice and Procedure*, third edition, (Informa Law from Routledge, 2015).

²⁷ The Dispute Board Federation (Geneva) 2008 International Survey, www.dbfederation.org

²⁸ Associate Professor Dr Paula Gerber and Brennan Ong, *Supra* note 20, p.2.

ประสบการณ์การใช้คณะกรรมการข้อพิพาทในต่างประเทศ

ตัวอย่างประสบการณ์การใช้คณะกรรมการข้อพิพาทในต่างประเทศที่ประสบผลสำเร็จอย่างมากและได้รับการยอมรับในสหพันธ์คณะกรรมการข้อพิพาท มีดังนี้²⁹

1. โครงการสนามบินนานาชาติฮ่องกง (Hong Kong International Airport) เป็นโครงการที่มีมูลค่าสูงกว่า 18,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ใช้สัญญาที่ร่างขึ้นเป็นการเฉพาะตามความต้องการของคู่สัญญา (bespoke contract) ซึ่งมีสัญญาย่อยจำนวน 22 สัญญา ที่ระบุให้คณะกรรมการข้อพิพาทมีอำนาจให้คำแนะนำและพิจารณาตัดสิน สัญญามีองค์ประกอบระหว่างประเทศจำนวนมาก โดยเฉพาะคู่สัญญาภายในและภายนอกประเทศ การร่วมทุนระหว่างประเทศ และผู้เชี่ยวชาญชาวต่างประเทศ คณะกรรมการข้อพิพาทในโครงการนี้มีจำนวน 7 คน มาจากหลากหลายวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง ทำหน้าที่เข้าตรวจการทำงานทุกๆ 3 เดือน รวมการตรวจทั้งสิ้น 16 ครั้ง มีข้อพิพาทมาสู่คณะกรรมการจำนวน 6 ข้อพิพาท ซึ่งคณะกรรมการมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด ในจำนวนข้อพิพาทดังกล่าว มีหนึ่งข้อพิพาทที่ไปสิ้นสุดที่อนุญาโตตุลาการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยเห็นพ้องกับคณะกรรมการข้อพิพาทในประเด็นนั้น ทั้งนี้ การคัดเลือกคณะกรรมการเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาหลัก ได้แก่ การท่าอากาศยานฮ่องกงและผู้รับจ้าง โดยเริ่มปฏิบัติงานตั้งแต่วันที่สัญญามีผลบังคับ

2. โครงการเขื่อนคอนกรีตและโรงไฟฟ้าพลังน้ำในประเทศจีน (Ertan Concrete Dam and Hydro Plant) เป็นโครงการที่มีมูลค่าประมาณ 5,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ก่อสร้างในช่วงปี ค.ศ. 1991-2000 ซึ่งรัฐบาลจีนเลือกใช้สัญญามาตรฐานของ FIDIC ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 4 กับผู้รับจ้างที่เป็นการร่วมทุนระหว่างประเทศ โดยมีการกำหนดคณะกรรมการระงับข้อพิพาทจำนวน 3 คน มาจากการคัดเลือกของคู่สัญญาสองฝ่าย ฝ่ายละ 1 คน และผู้ได้รับคัดเลือกเป็นคณะกรรมการทั้งสองคนทำหน้าที่เลือกประธานคณะกรรมการอีก 1 คน คณะกรรมการระงับข้อพิพาทในโครงการนี้ได้เข้าเยี่ยมเยียนตรวจสอบการทำงานปีละ 3 ครั้ง รวมทั้งสิ้น 20 ครั้ง ตลอดช่วงระยะเวลาของสัญญา คณะกรรมการมีหน้าที่ทำข้อเสนอแนะให้แก่คู่สัญญา โดยไม่มีผลผูกพันในทันทีจนกว่าคู่สัญญาสองฝ่ายจะตกลง จากการดำเนินโครงการ มีข้อพิพาทมาสู่คณะกรรมการจำนวน 40 ข้อพิพาท ซึ่งข้อพิพาททั้งหมดสิ้นสุดที่คณะกรรมการไม่มีข้อพิพาทใดที่ไปสู่ออนุญาโตตุลาการ

3. โครงการเขื่อนคอนกรีตโค้งบนพื้นที่สูงในประเทศเลโซโท (Katse Concrete Arch Dam) มีมูลค่าประมาณ 2,500 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ก่อสร้างในช่วงปี ค.ศ. 1993-1998 โดยมีคู่สัญญาเป็นองค์การการพัฒนาแห่งเลโซโทกับผู้รับจ้างที่เป็นการร่วมทุนระหว่างประเทศ โครงการนี้ใช้สัญญามาตรฐานของ FIDIC ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 4 เช่นกัน โดยมีการกำหนดคณะกรรมการระงับข้อพิพาทจำนวน 3 คนมาจากการคัดเลือกร่วมกันโดยคู่สัญญาสองฝ่าย มีการเข้าตรวจสอบการทำงานทั้งสิ้น 16 ครั้ง (เฉลี่ยปีละ 2.5 ครั้ง) ทำหน้าที่ให้ข้อเสนอแนะแก่คู่สัญญาเมื่อมีเหตุพิพาท ข้อเสนอแนะดังกล่าวยังไม่ผลบังคับในทันทีจนกว่าคู่สัญญาจะตกลงกัน เมื่อสิ้นสุดโครงการ มีข้อพิพาทมาสู่การพิจารณาของคณะกรรมการทั้งสิ้น 12 ข้อพิพาท สิ้นสุดที่คณะกรรมการ 11 ข้อพิพาท และไปสิ้นสุดที่อนุญาโตตุลาการ 1 ข้อพิพาท ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยยืนยันความเห็นของคณะกรรมการ นับเป็นครั้งแรกในทวีปแอฟริกาที่มีการใช้คณะกรรมการระงับข้อพิพาทตามสัญญา FIDIC เช่นนี้ นอกจากนี้ คณะกรรมการข้อพิพาทไม่เพียงแต่ถูกนำมาใช้ในภาคการก่อสร้างซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของรูปแบบการบริหารข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวเท่านั้น ในปัจจุบันยังพบว่าภาคส่วนอื่นๆ เช่น ภาคการเงินการธนาคาร ภาคอุตสาหกรรมทางทะเล สัญญาเกี่ยวกับการบริหารและซ่อมบำรุง และการให้สัมปทานระยะยาว ในประเทศต่าง ๆ ก็มีการจัดตั้งคณะกรรมการข้อพิพาทในรูปแบบที่คล้ายคลึงกันขึ้นเช่นกัน³⁰

²⁹ Cyril Chern, "The Dispute Board Federation: Dispute Boards in Practice," (Presentation as part of the World Bank's Law, Justice, and Development Week in 2013).

³⁰ Nicholas Gould, "An Overview of the CI Arb Dispute Board Rules" 1 July 2015 at the 7th Annual IBC Construction Law: Contracts and Disputes conference in London.

โครงการก่อสร้างในประเทศไทยกับความสำคัญของการใช้ คณะกรรมการข้อพิพาท

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าคณะกรรมการข้อพิพาทประสบความสำเร็จอย่างมากในการใช้กับโครงการก่อสร้างในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะโครงการระหว่างประเทศขนาดใหญ่ โดยเหตุผลที่โครงการก่อสร้างเลือกใช้คณะกรรมการข้อพิพาทนั้นเพราะโครงการก่อสร้างนั้นต่างเห็นกันว่าการก่อสร้างให้ประสบความสำเร็จเป็นปัจจัยที่สำคัญ ซึ่งคณะกรรมการข้อพิพาทในฐานะที่มีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลางจะสามารถเข้ามาช่วยในการหลีกเลี่ยงข้อพิพาทไม่ให้เกิดขึ้นหรือตัดสินข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว ซึ่งจะไม่ทำให้โครงการก่อสร้างต้องหยุดชะงักอันจะกระทบต่อทั้งสังคมและเศรษฐกิจในภาพรวมมากกว่า

สำหรับในประเทศไทยเองไม่ว่าจะเป็นโครงการของภาครัฐและภาคเอกชน หากโครงการที่มีขนาดใหญ่และใช้เงินลงทุนจำนวนมากแล้ว บุคลากรของโครงการย่อมมีความคุ้นเคยหรือเคยสัมผัสกับการบริหารสัญญาที่มีความเป็นมาตรฐาน เช่น สัญญา FIDIC เมื่อคณะกรรมการข้อพิพาทเป็นหนึ่งในข้อสัญญาที่มีความสำคัญมากทั้งในสัญญา FIDIC และสัญญาอื่นๆ นอกจากนั้น เมื่อโครงการก่อสร้างใดที่ยังมีขนาดใหญ่หรือมีเงินลงทุนที่สูงแล้ว ยิ่งมีความเป็นไปได้ว่างานก่อสร้างดังกล่าวจะมีความสำคัญต่อหลายภาคส่วน และการดำเนินโครงการให้ประสบความสำเร็จตามเป้าหมายและค่าใช้จ่ายที่เป็นธรรมย่อมเป็นส่วนสำคัญของโครงการนั้น ๆ การที่โครงการก่อสร้างของไทยจะพิจารณาใช้ข้อสัญญาดังกล่าวของ FIDIC อย่างเต็มประสิทธิภาพ หรือพิจารณาใส่ข้อสัญญาเกี่ยวกับคณะกรรมการข้อพิพาทในสัญญาก่อสร้างฉบับอื่น ๆ จะช่วยให้โครงการก่อสร้างของไทยได้นำรูปแบบการระงับข้อพิพาทที่เป็นสากลมาใช้เป็นหลักปฏิบัติมากยิ่งขึ้น ซึ่งการบังคับใช้ข้อสัญญาเกี่ยวกับคณะกรรมการข้อพิพาทนี้ก็ไม่ได้เป็นข้อสัญญาที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด³¹ นอกจากนั้นไม่ว่าจะเป็นแนวทางของ ICC หรือในสัญญา FIDIC เองล้วนมีรายละเอียดและข้อตกลงต่าง ๆ ที่เอื้อให้ผู้ใช้งานได้นำรูปแบบของคณะกรรมการข้อพิพาทมาใช้ได้โดยสะดวก ซึ่งการใช้คณะกรรมการข้อพิพาทจะเป็นปัจจัยหนึ่งที่เอื้อให้โครงการก่อสร้างขนาดใหญ่ในประเทศไทยประสบความสำเร็จ

ประสบการณ์การใช้คณะกรรมการข้อพิพาทในประเทศไทย และข้อเสนอแนะ

สำหรับโครงการก่อสร้างในประเทศไทย กรณีภาครัฐที่มีการนำสัญญา FIDIC มาใช้กับโครงการ³² หรือภาคเอกชนที่ใช้สัญญาอื่น ๆ กลับไม่ค่อยพบว่ามีการใช้ทางเลือกในการหลีกเลี่ยงหรือระงับข้อพิพาทโดยคณะกรรมการเท่าใดนัก³³ โดยพบทั้งกรณีที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาแต่ไม่ถูกนำมาใช้ตามที่กำหนดไว้และกรณีที่ไม่ปรากฏในข้อสัญญาเลย อันเป็นไปในทิศทางที่ไม่สอดคล้องกับสากล และในขณะเดียวกันข้อพิพาทในโครงการก่อสร้างในประเทศไทยกลับยังคงมีจำนวนมากและยังใช้เวลานานในการแก้ปัญหาเช่นเดิม การระงับข้อพิพาทเหล่านี้ในปัจจุบัน วิธีการดั้งเดิมหรือวิธีการฟ้องร้องคดีต่อศาลยังเป็นวิธีการหลักที่ถูกนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทอยู่ และข้อพิพาทบางส่วนได้มีการส่งเสริมให้ใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ เช่น การไกล่เกลี่ย หรืออนุญาโตตุลาการ เป็นต้น แต่ก็ไม่ปรากฏว่าวิธีหลีกเลี่ยงและชี้ขาดข้อพิพาทโดยคณะกรรมการได้รับการส่งเสริมในฐานะที่เป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทยแต่อย่างใด

³¹ เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1982/2524 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของวิศวกรซึ่งศาลเห็นว่าเป็นข้อสัญญาที่ใช้บังคับได้

³² โครงการก่อสร้างทางหลวงของกรมทางหลวงที่ได้รับเงินอุดหนุนจากธนาคารเพื่อการพัฒนาแห่งเอเชีย (Asian Development Bank, ADB)

³³ Baker McKenzie, *Supra* note 4, p.27.

การที่โครงการก่อสร้างต่าง ๆ ในต่างประเทศหรือในทางระหว่างประเทศประสบความสำเร็จในการนำคณะกรรมการข้อพิพาทมาใช้กับโครงการ หรือแม้กระทั่งการริเริ่มใช้การบริหารจัดการข้อพิพาทนี้ในภาคอุตสาหกรรมอื่น ๆ แล้วก็ตาม แต่ก็ไม่ได้รับรองว่าวิธีการดังกล่าวจะประสบความสำเร็จในประเทศไทยได้หรือไม่ ซึ่งในปัจจุบันทางปฏิบัติในสัญญาและกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้มีการใช้และกำหนดรายละเอียดใด ๆ เกี่ยวกับคณะกรรมการข้อพิพาทไว้ ซึ่งอาจเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้กระบวนการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการไม่ได้นำมาใช้ประโยชน์เท่าที่ควร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยเองควรมีการริเริ่มในการศึกษาและพัฒนากระบวนการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการขึ้นในประเทศไทยให้เป็นหนึ่งในกระบวนการบริหารจัดการข้อพิพาททางเลือก โดยอาจเป็นการกำหนดรายละเอียดของคณะกรรมการข้อพิพาท, ข้อตกลงมาตรฐานในการตั้งคณะกรรมการข้อพิพาท, กฎเกณฑ์และข้อกำหนดในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการข้อพิพาท และต้นแบบข้อตกลงในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการข้อพิพาท ดังเช่นที่หอการค้านานาชาติ (International Chamber of Commerce (ICC) หรือสมาพันธ์วิศวกรที่ปรึกษานานาชาติ (FIDIC) ได้มีการจัดทำ โดยควรเริ่มนำมาใช้ในโครงการก่อสร้างก่อสร้างที่ถือเป็นจุดกำเนิดของคณะกรรมการข้อพิพาท ทั้งยังมีตัวอย่างโครงการที่ประสบความสำเร็จจากการใช้คณะกรรมการข้อพิพาทเข้ามาแก้ปัญหาดังกล่าวแล้ว และนอกจากนั้นควรมีการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทยเพื่อให้สามารถรองรับกระบวนการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการได้อย่างมีประสิทธิภาพ, สอดคล้องกับบริบทของกฎหมายและบริบทของโครงการก่อสร้างในประเทศไทย อันจะทำให้กระบวนการบริหารจัดการข้อพิพาทโดยคณะกรรมการอาจเป็นหนึ่งในทางเลือกในการจัดการข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพและเป็นที่ยอมรับในระดับสากลต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

- Costantino, C.A. and Merchant C.S. *Designing Conflict Management Systems: A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations*, (San Francisco: Jossey-Bass, 1996).
- CYRIL CHERN, *Chern On Dispute Boards Practice and Procedure*, third edition, (Informa Law from Routledge, 2015).
- Douglas H. Yarn, *Conflict* in *Dictionary of Conflict Resolution*, (San Francisco: Jossey-Bass, 1999).
- FIDIC, *THE FIDIC GOLDEN PRINCIPLES*, 1st edition, (2019), International Federation of Consulting Engineers (FIDIC): Geneva.
- International Chamber of Commerce (ICC), *DISPUTE BOARD RULES 2004*
- International Chamber of Commerce (ICC), *DISPUTE BOARD RULES 2015*
- J. Jenkins, *International Construction Arbitration Law*, 2nd edition, (2013).
- Y. Tan, *Large-Scale Construction Project Management: Understanding Legal and Contract Requirements*, (Boca Raton, 2020).

บทความ

- วิจัยกรุงศรี, “ธุรกิจรับเหมาก่อสร้าง” ใน แนวโน้มธุรกิจ/อุตสาหกรรม ปี 2562-64 มิถุนายน 2562.
- Baker McKenzie, “Asia Pacific Construction Contract Management A primer on avoiding or managing disputes in construction projects in Asia Pacific.”
- Brennan Ong and Paula Gerber, “Dispute boards: Is there a role for lawyers?” (2010) 5(4) *Construction Law International* 7.
- Cyril Chern, “The Dispute Board Federation: Dispute Boards in Practice,” (Presentation as part of the World Bank’s Law, Justice, and Development Week in 2013).
- J. Petkute-Guriene, “Access to Arbitral Justice in Construction Disputes (Dispute Board-Related Issues, Time Bar and Emergency Arbitration,” in C. Baltag and C. Vasile (eds.), *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: Contemporary Issues* (2019).
- Mark Goodrich, “Dispute Adjudication Boards: Are they the future of dispute resolution?”
- Nicholas Gould, “An Overview of the CI Arb Dispute Board Rules” 1 July 2015 at the 7th Annual IBC Construction Law: Contracts and Disputes conference in London.
- Paula Gerber and Brennan Ong, “SHOULD DAPS BE INCLUDED IN STANDARD FORM CONTRACTS?”, Law School, Monash University, Melbourne, *AUSTRALIAN CONSTRUCTION LAW NEWSLETTER #143 MARCH/APRIL 2012*.
- PETER H.J. CHAPMAN, “The Use of Dispute Boards on Major Infrastructure Projects,” *The Turkish Commercial Law Review*, Vol 1, Issue 3, October 2015.

SAI-ON CHEUNG and HENRY C. H. SUEN, “A multi-attribute utility model for dispute resolution strategy selection,” *Construction Management and Economics* (2002) 20.

The Dispute Board Federation (Geneva) 2008 International Survey www.dbfederation.org

Timothy D. Keator, “Conflict vs. dispute?” in *Mediate.com* submission July 21, 2011 (revised).

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

Aceris Law LLC, “Dispute Boards and International Construction Arbitration,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก <https://www.acerislaw.com/dispute-boards-and-international-construction-arbitration/>.

belawyer, “Alternative Dispute Resolution vs Litigation,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก <https://thestudentlawyer.com/2013/10/23/alternative-dispute-resolution-vs-litigation-which-one-would-you-choose/>.

Pablo Ferrara, “Dispute Boards for Infrastructure Projects in Latin America: A New Kid on the Block,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กันยายน 2563, จาก https://www.academia.edu/39042667/Dispute_Boards_for_Infrastructure_Projects_in_Latin_America_A_New_Kid_on_the_Block.